

LAS REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA EN EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA CEE: SU FILOSOFIA ESPECIFICA

por BLANCA VILÁ COSTA (*)

SUMARIO

I. LOS OBJETIVOS ECONOMICOS DEL TRATADO: 1.º La libre competencia, como opción de política económica. 2.º Carácter instrumental de la libre competencia en el contexto comunitario.—**II. LAS REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA:** 1.º Las reglas «aplicables a las empresas»: el denominado «sector privado». 2.º Prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia: regla general del artículo 85: 1) Prohibición general; 2) Excepciones a la prohibición general (exenciones); 3) La sanción de «nulidad de pleno derecho»: primera aproximación. 3.º La prohibición del «abuso de posición dominante en el mercado»: el artículo 86 del Tratado. 4.º El conjunto formado por ambas disposiciones: panorama general y filosofía específica: 1) Criterios elegidos; 2) Filosofía propia del conjunto de ambas disposiciones.

I. LOS OBJETIVOS ECONOMICOS DEL TRATADO

En los términos del Tratado constitutivo de la CEE, la creación y el mantenimiento de un sistema **leal** de competencia forman parte de los propios fundamentos de la construcción comunitaria. Así, ya en el Preámbulo del Tratado, los Estados firmantes reconocen expresamente que «la eliminación de los obstáculos existentes invoca a una acción concertada que garantice: la estabilidad en su expansión, el equilibrio en los intercambios y la **lealtad** en la competencia» (1). Por otra parte, las disposiciones de principio contenidas en los artículos 2.º y 3.º proporcionan un marco adecuado al régimen general comunitario en esta específica materia; el artículo 2.º enuncia:

«La Comunidad tiene como objetivo promover, mediante el establecimiento de un Mercado Común y el gradual acercamiento de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una continuada y equilibrada expansión, una crecida estabilidad, una mejora acelerada del nivel de vida y unas más estrechas relaciones entre los Estados que en ella participan.»

(*) Profesor encargado de curso en la Universidad Autónoma de Barcelona.

(1) Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Preámbulo.

Y el artículo 3.º prosigue concretando que:

«A los fines expresados en el artículo precedente, la acción de la Comunidad implica, en las condiciones y de acuerdo con el ritmo previsto por el presente Tratado:

...f) El establecimiento de un sistema que garantice de hecho que la competencia no quede falseada en el mercado común.»

El «establecimiento de un mercado común entra, pues, en la categoría de los **medios** para la obtención de los objetivos generales de la Comunidad, especificados en el artículo 2.º; el artículo 3.º no hace sino describir el conjunto de medios o medidas que comporta la acción de la Comunidad en atención a esos objetivos previamente enunciados.

El conjunto de medidas especificadas en el artículo 3.º va claramente dirigido a la creación de una nueva unidad estructural, un mercado único y libre, a través de la reducción y supresión de todo obstáculo a la libre circulación de bienes, servicios, personas o capitales en el ámbito interno de la Comunidad. Se dotará a este único mercado de una «política común» en materia agrícola y de transportes, así como de una misma política económica y de coyuntura, potenciándose unos mecanismos especiales para aquellos supuestos que quedan previstos, a través del acuerdo entre los Estados miembros. Por otra parte, este nuevo mercado comunitario dispondrá de un **arancel exterior común** para sus relaciones con terceros países y seguirá una misma política comercial —política comercial común— frente a los mismos. La **ley interna** de este mercado único, querida expresamente por el tratado, será la **ley de la libre competencia**, lo que parece ser supone una voluntaria y preconcebida exclusión de toda dirección o planificación centralizadas de la política de mercado (2).

Profundizando en el significado práctico de los términos «establecimiento de un mercado común», comprendemos que implican, ante todo, un fundamental **cambio de escala** que afectará a estructuras y comportamientos de los agentes económicos, tanto en el interior como en el exterior de la Comunidad. Existen, por otra parte, infinitos métodos de protección y de discriminación de las distintas economías nacionales, métodos susceptibles de inutilizar todo intento parcial de supresión de discriminaciones: es por ello por lo que únicamente a través de esta supresión total y definitiva de cualquier posibilidad de discriminación o protección en función de la nacionalidad se hace posible tal cambio de dimensión y la integración misma que el propio cambio implica. Este principio fundamental del tratado queda enunciado —a modo de declaración general, en el artículo 7.º, primer párrafo:

(2) Vid. ALEXANDER, W.: «The EEC rules of competition», London, Kluwer-Deventer, 1973; BRAUN, GLEISS, HIRSCH: «Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne», Bruxelles-Larcier-Paris, Dalloz, 1967; CATALANO, N.: «Manuel de Droit des Communautés Européennes», Paris, Dalloz-Sirey, 1965; GANSHOF van der MEERSCH, W.: «Droit des Communautés Européennes», Les Nouvelles, Bruxelles-Larcier, 1969; GOLDMAN, Berthold: «Droit commercial européen», Paris, Dalloz, 1975; KAPTEYN-VERLOREN van THEMAAT: «Introduction to the law of the European Communities, after the accession of the new Member States», London, Sweet & Maxwell, Kluwer-Deventer, 1973; PESCATORE, P.: «Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes», Leyden, Sitjhoff, Genève, IUHEI, 1972; GIDE, LOYRETTE, NOUEL: «Dictionnaire du Marché Commun» (T. I), Paris, Dictionnaires Joly, 1968; MEGRET, LOUIS, VIGNES, WALBROECK: «Le droit de la Communauté Economique Européenne» (T. I), Presses de l'Université Libre de Bruxelles, 1973; QUADRI, MONACO, TRABUCCHI: «Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Commentario», Milano, Giuffrè, 1965.

«En el ámbito de aplicación del presente tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares que él prevé, queda prohibida toda discriminación ejercida en razón de la nacionalidad.»

Y es precisamente a la supresión total y definitiva de toda protección a la producción nacional a la que va encaminado el establecimiento de un régimen de competencia que sitúe bajo unas mismas condiciones a los agentes económicos de los Estados miembros. Este régimen de competencia, que significa prácticamente la posibilidad de ejercicio de las actividades de producción, intercambios y servicios **en condiciones** cuando menos **comparables** en todo el ámbito de la Comunidad, ofrece ciertos aspectos importantes a examinar: un primer aspecto vendría dado por la exigencia de que se den, para su funcionamiento, unas determinadas condiciones absolutamente indispensables, tales como la supresión de toda carga aduanera o de todo contingente entre Estados miembros; evidentemente, sin tales condiciones, el régimen comunitario de competencia carecería de su auténtico sentido. En esa misma línea de igualación de las condiciones de base podemos situar la progresiva armonización de posibles discriminaciones marginales, como la efectuada en el dominio de las tasas fiscales internas o medidas similares (3).

Un segundo aspecto interesante versaría sobre la comprensión del régimen comunitario de competencia como un régimen **activo**, previsto a un tiempo como **impulsor** y como **canalizador** de la integración económica. Los autores del tratado fueron absolutamente conscientes de las implicaciones del proceso de integración y de la necesidad de la conjunción armónica de todos los medios de acción; de las limitaciones de las palabras escritas y de la posibilidad y conveniencia de establecer únicamente las grandes líneas de actuación. Se hacía totalmente indispensable potenciar la actuación de los órganos comunitarios, escapando la realidad actual y posible a toda previsión: a ello obedece la dotación de poder **normativo** —por un lado—, y de **vigilancia** —por otro— hecha a los órganos comunitarios y, en especial —en este campo específico— a la **Comisión**, en sus atribuciones de órgano vigilante del mantenimiento de este régimen y de la aplicación de sus normas, y al **Consejo**, en cuanto poder normativo directo o indirecto (4).

Nos encontramos, pues, ante la perspectiva de un mercado único, de funcionamiento espontáneo como regla general; se observa ya, en un primer paso, la doble naturaleza de que participa la noción de «competencia» en el marco intracomunitario: si bien, por un lado, expresa una opción clara por una política de libre mercado —opción situada en el campo de la política económica—, posee al mismo tiempo un marcado carácter instrumental que distingue netamente su función en este contexto de la función estricta de reglamentación del mercado que cumple a nivel de los distintos ordenamientos internos. Esta naturaleza ambigua, la dialéctica entre competencia **en sí misma** y competencia **en su aspecto funcional de integración**, proporciona la única pers-

(3) Vid. CATALANO, *op. cit.*, págs. 300 a 302.

(4) Vid. CATALANO, *op. cit.*, págs. 304 y 305; sobre el principio general de competencia de atribución y medios de acción, cfr. muy especialmente LOUIS, J. V.: «Les règlements de la Communauté Economique Européenne», Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1969; MORAND, Ch. A.: «La législation dans les Communautés Européennes», Paris, LGDJ, 1968; y MORAND, Ch. A.: «Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire», en *Cahiers de Droit Européen*, 1970, págs. 623-644.

pectiva a nuestro juicio adecuada para la comprensión del régimen global de competencia presente en el tratado: sólo de este modo el principio general de la «libre competencia», junto a todo su mecanismo de garantía, puede ser útilmente interpretado.

1) La «libre competencia», como opción de política económica (5).

Es un hecho evidente que el mecanismo de protección a la libre competencia en el mercado presupone necesariamente una oposición situada en el campo de la política económica general, en la base de la construcción comunitaria. Los autores del tratado siguen una vía acorde obviamente al denominador común existente entre los seis países firmantes del tratado: la vía abierta a una economía de libre mercado, que se propugna como la única capaz teóricamente de alcanzar los objetivos planteados, a saber: el desarrollo armónico de las actividades económicas del conjunto de la Comunidad, la expansión equilibrada, la creciente estabilidad, la mejora general del nivel de vida y las más estrechas relaciones entre los países miembros. Antes de atender a la adecuación de esta noción general de competencia a los objetivos económicos enunciados en el artículo 2.º, reflexionemos brevemente sobre la propia noción del tratado.

En efecto, el concepto de competencia presente en el Tratado de Roma (6) no es sino el desarrollo del concepto que hallamos en el «Informe Spaak» (7), llamado el «evangelio» de la Comunidad —mientras que su código de buena conducta quedaría establecido en las propias líneas del tratado (8).

En el informe quedan ya definidos como objetivos esenciales de la integración: 1) la división más racional del trabajo a través de la fusión de los mercados; 2) el aumento general del nivel de vida, y 3) una expansión acelerada. Tales objetivos deben ser alcanzados por medio de ciertas reglas, procedimientos o acciones que **corrijan o completen el funcionamiento automático** del mercado (9). Tenemos, pues, aquí una

(5) La opción se realiza tanto en la propia elección de la competencia como regla de base e instrumento, como en el significado práctico de los objetivos generales del artículo 2.º del Tratado. Evidentemente, sin el cambio de escala previsto, sin la ampliación del mercado, las industrias oligopolísticas de los países europeos occidentales no hubieran podido aprovechar —antes bien, hubieran desperdiciado gravemente para el continente— todas sus potencialidades tecnológicas: la competencia intracomunitaria estaba planteada como un medio mucho más eficaz que los demás para una agilización y renovación tecnológica general, ante la urgencia extrema de un cambio de estructuras para la propia supervivencia de los sistemas capitalistas europeos frente al cambio exterior del dimensiones. Cfr. MANDEL, E.: «International capitalism and supranationality», en Radice, Hugo, Selected Readings «International Firms & Modern Imperialism», Penguin, London, 1975; ROWTHORN, Bob, en Selected..., págs. 158-179; Vid. GORZ, André: «Stratégie ouvrière et néo-capitalisme», Ed. du Seuil, París, 1964, especialmente, págs. 165 y ss.

(6) Vid., por ejemplo, los artículos 7, 29, 36 y 37, 79, 85 y ss., 91 y ss., 100 y ss. y 107 del Tratado de Roma.

(7) Vid. «Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères», «Rapport SPAAK».

(8) REGUL, Rudolf: «Les distorsions globales de la concurrence et leurs repercussions sur le Marché Commun», Comisión de las CC. EE., Estudios, Serie «Concurrence-Rapprochement des législations, Bruselas, 1971, pág. 21.

(9) Vid. «Informe Spaak», pág. 12. Es interesante la distinción del Informe entre fenómenos de **evolución**, de funcionamiento automático tras un impulso inicial, y fenómenos que necesitan de un control permanente y cuyo sistema debe ser fijado **a priori**: entre los primeros cabe clasificar la supresión de toda discriminación por razón de nacionalidad y parte —por ejemplo— de los mecanismos propios al

primera base para evidenciar la regla general del funcionamiento automático del mercado y, por otra parte, la indisolubilidad de las dos naturalezas de la noción de competencia en el ámbito comunitario. Este funcionamiento automático, que debe ser corregido; este régimen por el cual las instituciones comunitarias deberán velar, presupone ya una toma de posición político-económica.

En el punto de partida, en el momento de la constitución de la Comunidad, la realidad común de los seis países firmantes podía sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Una **concordancia** de los distintos sistemas económicos de los Estados firmantes, en la medida que todos ellos concedían al individuo la «libertad de elección» que supone una **economía de libre mercado**.

b) Este sistema de mercado es el sistema de la **competencia monopolística**.

c) En todos ellos, **el Estado interviene en la economía**: si bien la relación entre Estado y economía **no corresponde en todos los sistemas a un mismo esquema**.

Veamos, en palabras de la propia Comunidad, cuáles parecen ser los argumentos generales en defensa de esta opción previa, argumentos clásicos y que sintetizaremos a continuación:

1) Ya el denominado «Programa de acción para la segunda etapa del período de transición» mencionó la competencia como «instrumento de orientación»: cuanto más intensa es la competencia, más incita a la explotación de todas las posibilidades existentes de producción, distribución, racionalización y mejoramiento, cara a la satisfacción del consumidor; favorece el progreso técnico, contrarresta la tendencia al alza de precios y costos y comporta una distribución más equitativa de la renta entre los distintos sectores económicos, entre otras ventajas (10).

2) Es esta misma «función de orientación» (11) de la vida económica de la Comunidad que M. H. van der Groeben atribuye a la competencia, en su misión de «crear un orden económico que favorezca al máximo el bienestar y la libertad económica y, por tanto, se halle también al servicio del consumidor (12).

3) En su «I Informe anual sobre la política de competencia», elaborado por la Comisión en 1971, concretamente en la Introducción, se asigna a la libre competencia la función de actuar como «mejor estímulo en la actividad económica, al garantizar a quienes entren en su libre juego la libertad de acción más amplia posible» (13). Por otra parte, la Comisión deduce del juego de los mecanismos descentralizados de decisión previstos en el tratado, una eficacia creciente de las empresas, condición de base en la tarea de elevación del nivel de vida y de posibilidades en empleo en los países de la Comunidad: comprendida así, la política de competencia es un **medio esencial** que garantiza un alto grado de satisfacción de las necesidades privadas y

régimen de ayudas estatales; entre los segundos se hallan precisamente los fenómenos monopolísticos, monopolios y fusiones. Vid., asimismo, REGUL, op. cit., págs. 21 y 22, especialmente.

(10) «Memorandum pour le programme d'action pour la deuxième étape», Comisión de las CC. EE., 1962, Introducción y párrafos 23 y 27, especialmente.

(11) Hans van der GROEBEN: «La politique de concurrence dans la CEE», suplemento del Boletín de las Comunidades Europeas, núm. 7, y 8, julio-agosto 1961.

(12) Hans van der GROEBEN: «La politique de concurrence, partie integrante de la politique économique dans le Marché Commun», discurso pronunciado ante el Parlamento, junio de 1965.

(13) Comisión de las CC. EE., I Informe sobre la política de competencia, Bruselas, abril 1972, pág. 11.

colectivas en el seno de la Comunidad (14). Esta serie de deducciones, junto a la insistencia en las ventajas clásicas atribuidas a todo sistema de competencia, sirven de base a la justificación de esta opción comunitaria por un sistema de libre mercado; sobre estos razonamientos generales se construirá asimismo la noción técnica de «competencia suficientemente eficaz», que analizaremos más adelante, piedra de toque en la economía característica del Mercado Común. Quizá podamos, a título de resumen, enunciar en estos puntos la argumentación general de la Comisión:

- a) La competencia actúa como el **mejor estímulo de la actividad económica**, gracias a la protección de la más amplia libertad de acción privada.
- b) Tiende a **asegurar la mejor utilización** posible de los **factores de producción**, en el beneficio general de la economía, y en el especial interés del consumidor.
- c) Es un eficaz **instrumento de lucha contra la inflación** en el contexto comunitario, en la medida en que la inflación traduce problemas de rigidez estructural a la adaptación.
- d) Aporta una contribución importante a la solución del **problema del empleo**, en base a su naturaleza anti-inflación (15).

Planteémonos a continuación las dos posibilidades clásicas de concebir la competencia en sí misma (16):

1) Existe un modelo de competencia denominado de **competencia atomística**, que supone la existencia tanto de parte de la oferta como de la demanda— de un número amplio de unidades independientes cuya presencia en el mercado imposibilita toda **previsión del comportamiento** de las distintas unidades, y toda **influencia** sobre el mercado de cualquiera de ellas.

2) El modelo de «**competencia eficaz**» («workable competition», «wirksamen Wettbewerb») es el presente en los mercados en los que existe un número **limitado** de unidades, cada una de ellas con un margen cierto —aunque variable— de influencia sobre el funcionamiento del mercado; con ello es posible una mínima **previsión**, con un alto

(14) Comisión de las CC. EE., I Informe sobre la política de competencia, Introducción, págs. 11-13.

(15) Quizá sea interesante contrastar los argumentos expuestos con aquellos que P. A. BARAN alega, en su análisis del concepto de «excedente económico», en contra de los efectos de la competencia monopolística: «El desperdicio de recursos que causan diversos aspectos del monopolio y de la competencia monopolística es perceptible con igual claridad... En primer lugar, y quizá en el más importante, está la producción que no ha llegado a materializarse por la subutilización de las economías en gran escala que causa la diferenciación irracional de los bienes... Bien sea que observemos los automóviles y otros bienes de consumo o que pensemos en productos como jabones, pastas de dientes..., poca duda puede haber acerca de que la uniformización y la producción en masa pueden disminuir considerablemente los costos unitarios de producción...»; y prosigue, nota 20: «... los incrementos en la producción obtenidos durante la guerra, simplemente por la concentración de la producción en plantas enormes y por la eliminación de los casos más flagrantes de duplicación, transporte irracional e ineficacia, fueron impresionantes, tanto en los Estados Unidos como en la Gran Bretaña». Cfr. P. A. BARAN: «La economía política del crecimiento», edición española, México, F. C. E., cuarta edición, 1969, págs. 54-55.

(16) Se pretende aquí únicamente proceder a un brevísimo análisis de la noción general de «competencia» en la opción del Tratado constitutivo de la CEE, a efectos eminentemente prácticos. Para un análisis extenso nos remitimos —por lo que respecta a puntos de vista clásicos, en la primera mitad del siglo XX— a la fundamental obra de Joan ROBINSON: «The economics of imperfect competition», Londres, 1945 (segunda edición), traducida al castellano en 1973 como «La economía de la competencia imperfecta», Barcelona, Ediciones Martínez Roca; y a la obra, casi simultánea, de E. H. CHAMBERLIN: «The theory of Monopolistic Competition», Londres, 1933, traducida al castellano como «Teoría de la competencia monopolística», México, 1956.

grado de certeza, **del comportamiento de las restantes unidades** en reacción a la propia conducta (17).

Evidentemente, en caso de que la noción comunitaria de competencia se adaptase al primer modelo competencia atomística—, ello supondría una protección, ante y sobre todo, a la **libertad propiamente individual** de cada unidad económica en el mercado, con la consecuencia de considerar «restricción a la competencia cualquier restricción a la libertad individual; bastaría que una sola unidad presente en el mercado fuese eliminada —o viese reducida su independencia— para que existiera «restricción» a la competencia (18). Por otra parte, el modelo de la competencia «eficaz» supone la aplicación de un criterio auténticamente **de mercado**: la permanencia, cuando menos, de un número determinado y suficiente de unidades que subsisten a la imperfección del juego del propio mercado. Examinaremos ahora cuál de estas dos opciones preside la noción de competencia comunitaria, según la política de la Comisión.

En palabras de M. Hans van der Groeben, parece ser que esta noción de competencia «no debe configurarse necesariamente como un modelo determinado, sino que debe ser una competencia **eficaz, efectiva**» (19). La propia Comisión, en su importante Memoria sobre el problema de la concentración en el Mercado Común (20), nos proporciona una serie de indicaciones sobre las condiciones de una competencia «eficaz»:

«unas condiciones iguales en el terreno de la competencia deberían ser el objetivo de todos; pero, incluso en estas condiciones, existen problemas de dimensión y de poder económico y financiero de las empresas...»

«La noción de competencia practicable cubre una noción realista. Se admite que existe una competencia suficientemente eficaz, cuando las empresas no limitan excesiva o artificialmente la venta o la producción, cuando responden satisfactoriamente a la demanda y cuando hacen participar a los usuarios de sus propios productos en los beneficios que resulten de su progreso técnico y económico» (21).

En consecuencia, y numerosos documentos posteriores lo ratifican, el planteamiento en la Comunidad de un modelo de competencia atomística y, en consecuencia, de una protección directa a la libertad individual en el mercado— queda excluido por completo; las características y la configuración de las distantes economías nacionales de los Estados miembros, estrechamente en función de los objetivos comunitarios, proungnan el modelo ya expuesto de «competencia eficaz».

(17) Vid. CLARK, J. M.: «Toward a concept of a workable competition», The American Economic Review, XXX, núm. 2, págs. 1 y ss., junio 1940; nos sumamos a la opinión de MEGRET, en su análisis de la noción de competencia que preside las decisiones de la Comisión y las sentencias del Tribunal de Justicia en el marco del art. 85, 1.º; cfr. MEGRET, LOUIS, VIGNES, WALBROECK, op. cit., T. IV, págs. 24-25.

(18) Vid. MEGRET..., op. cit., T. IV, pág. 24, párrafo 3.

(19) H. van der GROEBEN: «Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der Atlantischen Partnerschaft», en Wirtschaft und Wettbeberb, núm. 12, diciembre 1964, pág. 32.

(20) «Memorandum sur le problème de la concentration dans le Marché Commun», Comisión CC. EE., Estudios Serie «Concurrence», núm. 3, Bruselas, 1966.

(21) Comisión, «Memorandum sur le problème de la concentration...», págs. 9, 25 y 26.

2) **Carácter instrumental de la libre competencia en el contexto comunitario.**

El rasgo fundamental de la competencia en el marco comunitario lo hallamos precisamente en el **valor de instrumento** en que queda planteada: de instrumento, de vehículo de la integración de los distintos mercados nacionales. Quizá la mejor síntesis que hallemos de esta función específica de la competencia nos la ofrecen distintas formulaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades; hagamos atención a algunas de sus consideraciones:

En sentencias de 30 de junio de 1966, en el asunto número 56/65 LTM Maschinenbau Ulm (22), y de 13 de julio del mismo año, asuntos números 56 y 58/64, Grundig-Consten (23) y número 32/65, Comisión c. República Italiana (24), el tribunal ha acentuado insistentemente la importancia de la toma en consideración del objetivo esencial de las disposiciones en materia de competencia, a saber: el **impedir el aislamiento de los mercados** a través del juego de cárteles y otras prácticas concertadas, en el camino hacia un mercado único. Veamos los términos en la sentencia del asunto, número 56/65, LTM:

«... para investigar si un contrato en el que se incluye una cláusula concediendo un «derecho de venta exclusiva» entra en el campo de acción del artículo 85, interesa conocer si se halla en situación, especialmente, de poder bloquear los mercados de ciertos productos y dificultar así la interpenetración económica querida por el tratado...»

«... para apreciar si un contrato en el que se incluye una cláusula... se debe tomar en consideración, especialmente, el rigor de las cláusulas destinadas a proteger la exclusividad o, al contrario, las posibilidades dejadas a otras corrientes comerciales sobre los mismos productos a través de reexportaciones o corrientes paralelas» (25).

Y en la sentencia en el asunto **Grundig-Consten**, número 56 y 58/64:

«... que la situación constatada más arriba llega hasta el aislamiento del mercado francés y permite practicar, por lo que se refiere a los productos en cuestión, unos precios sustraídos a una competencia eficaz...»

«... que el acuerdo que de tal modo se propone el aislar el mercado francés de los productos Grundig, y mantener artificialmente para los productos de una marca muy extendida unos mercados nacionales distintos en el seno de la Comunidad, **falsea por su propia naturaleza la competencia en el Mercado Común**» (26).

Veamos los términos, finalmente, de la sentencia en el asunto número 32/65, República Italiana c. Consejo y Comisión:

(22) Asunto LTM-Maschinenbau Ulm, núm. 56/65, Recueil XII, pág. 564.

(23) Asunto Grundig-Consten, núms. 56 y 58/64, Recueil XII, pág. 433.

(24) Gobierno de la República Italiana, c. Consejo y Comisión, Recueil XII, pág. 584.

(25) Recueil del TJCE, XII, pág. 360.

(26) Recueil del TJCE, XII, pág. 497, en su segunda mitad.

«... al fijar las reglas de competencia aplicables a las empresas en la tercera parte del tratado, consagrada a la «política de la Comunidad», el artículo 85 **intenta poner** en práctica los «medios de acción» de la Comunidad indicados en el artículo 3.º, especialmente el «establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no sea falseada», y ello a fin de lograr el «establecimiento de un Mercado Común» que constituye uno de los objetivos fundamentales especificados en el artículo 2.º»

«... el artículo 85, en su conjunto, **debe así quedar situado en el cuadro de las disposiciones del preámbulo del tratado, que lo iluminan**» (27).

Este encuadramiento en los objetivos generales de las reglas de competencia tiene dos inmediatas consecuencias:

a) Impide que aquéllo inmediatamente protegido sea el interés privado o la libertad individual. Si bien queda claro en los razonamientos de la Comisión —de modo especial— que es siempre en **última instancia** el interés privado aquel único digno de protección, la noción de competencia estrictamente comunitaria va dirigida **de modo directo** al buen funcionamiento del mercado y a la existencia de un número «suficiente» de competidores —competencia suficientemente efectiva—, todo ello a escala de un nuevo gran mercado integrado en formación; éste sería un primer criterio en defensa de una determinada **estructura de mercado** (28).

b) En segundo lugar, y al ser la defensa de esta determinada estructura —competencia efectiva—, observada en la **perspectiva de los objetivos de integración**, no es neutramente la **dinámica de mercado** «por sí» aquélla digna de protección; sino que lo es únicamente en tanto en cuanto queda dirigida y es utilizada a los exclusivos fines del tratado como **dinámica de integración** propiamente dicha. Otros razonamientos adicionales al razonamiento global que nos ofrece el Tribunal se hallan implícitos en las propias características del sistema regulado por el tratado:

a) De otro modo, no podría comprenderse la cláusula que establece, tanto en el artículo 85 como en el 86, la necesidad de la «afectación del comercio intracomunitario» necesaria para que exista toda restricción a la competencia: sabemos que en el mecanismo comunitario no quedan incluidas las restricciones que repercuten únicamente en el interior de los Estados miembros, ya que por su naturaleza no comprometen el funcionamiento de la competencia en el conjunto de la Comunidad (29).

b) Existe una regla «de minimis» presente en la apreciación de las restricciones de la competencia: la restricción debe ser «sensible», lo que —dejando aparte el efecto de aligeramiento burocrático de la misión de la Comisión para con aquellas restricciones no «sensibles»— implica un criterio de valoración en el mercado, sin atención al interés privado individual de la empresa o a su libertad individual. Será otra vez el «buen funcionamiento» del mercado que implica la existencia de una sufi-

(27) Recueil del TJCE, XII, págs. 589 y 590.

(28) SCHUMACHER, H.: «Le système du droit de la concurrence», Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1971, 1, págs. 44-45, estudio en el que sintetiza en cuatro grandes grupos de problemas los relativos a la competencia, en el momento actual; situando la regulación comunitaria en la materia entre aquella específicamente dirigida al mantenimiento de la competencia en el mercado.

(29) SCHUMACHER, H., op. cit., pág. 44.

ciente competencia efectiva el que rendirá sus servicios a la integración de los mercados nacionales (30).

II. LAS REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA (31)

1. Las reglas «aplicables a las empresas»: el denominado «sector privado».

La creación y el establecimiento de un único mercado, a la base del proceso de integración, comporta la abolición de toda medida que implique algún obstáculo a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales, más la garantía de un régimen específico de competencia en el interior de la Comunidad. A todo ello van dirigidas las denominadas «reglas comunes» —mecanismo de puesta en práctica de los **medios de acción señalados**—, integradas, en la lógica del tratado, por: 1) Reglas de competencia, artículos 85 a 94. 2) Disposiciones fiscales, artículos 95 a 99. 3) Reglas concernientes a la aproximación de las legislaciones, muy especialmente en caso de «**distorsión**» actual o posible de la competencia (32), artículos 100 a 102.

Estas reglas comunes configuran el título primero de la tercera parte, que el Tratado dedica a la política de la «política de la Comunidad»; todas ellas van dirigidas a procurar activamente que se den las condiciones necesarias al funcionamiento de este régimen de competencia; ya sea impidiendo toda alteración debida a algún elemento directo o indirecto de discriminación o protección nacional **procedente del campo privado**, sea eliminando toda interferencia —de orden normativo u otro— **por parte del Estado**, en las condiciones impuestas al sector privado: eliminando, en suma, toda intervención artificial sobre el funcionamiento del mercado, proceda ésta del Estado o del ámbito privado.

La condición esencial de la formación y del funcionamiento óptimo del Mercado Común consiste, pues, en la aplicación de condiciones de competencia básicamente iguales para las empresas; en la medida en que estas condiciones provengan de la empresa privada, quedarán reguladas por las «reglas aplicables a las empresas», sección 1.ª del capítulo 1.º del título dedicado a las reglas comunes. En la medida en que la alteración o distorsión se presente a través de la acción del Estado, la situación será la siguiente:

1) La relación entre el **Estado y la empresa pública**, o ciertas categorías de empresas asimiladas, vendrá regulada en el artículo 90, a través de la **regla general** del pri-

(30) Comunicación sobre acuerdos de importancia menor de 27 de mayo de 1970, Comisión de las Comunidades Europeas, JOCE, núm. C 64, de 2 de junio de 1970; sólo así puede comprenderse el sentido de esta exclusión de ámbito del artículo 85, creándose una cierta «legalidad per se» de estos acuerdos menores, que son evidentemente auténticas restricciones.

(31) Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tercera parte, título primero, capítulo primero, artículos 85 a 94.

(32) La noción de «distorsión» es una de las más difíciles del derecho económico europeo; el Informe Spaak distingue las distorsiones **globales** de las **específicas**. Sólo estas últimas pueden dar lugar a las medidas previstas en los artículos 101 y 102. Vid. REGUL, *op. cit.*, págs. 5, 22 y 23, y 28 a 32; CATALANO, *op. cit.*, págs. 415 a 417. Los términos del Informe Spaak, por otra parte, son lo suficientemente elocuentes para la distinción entre «distorsión» y «discriminación»: si bien el Tratado suprime toda discriminación, tan sólo «corrige o elimina el efecto de las distorsiones específicas, ventajosas o desventajosas, en ciertas ramas de actividad», y no la totalidad de las mismas; cfr. «Rapport des Chefs de Délégation...», pág. 60.

mer párrafo. Una regla **específica**, en el segundo párrafo, irá dirigida a aquellas empresas «que cumplen una **misión particular**».

a) La situación peculiar de los **monopolios estatales** quedará regulada en el artículo 37 (33).

3) Los obstáculos a los intercambios bajo forma de **derechos arancelarios** o **restricciones cuantitativas** quedan suprimidas en las condiciones previstas en los artículos 12 a 29 y 30 a 34 (34).

4) La sección 2.^a del capítulo 1.^o del título destinado a las «reglas comunes» regula la posibilidad de **prácticas de «dumping»**: artículo 91 (35).

5) La sección 3.^a del mismo capítulo va destinada a fijar las condiciones excepcionales de un **régimen de ayudas al sector privado** acordadas por el Estado (36).

6) Las discriminaciones practicadas a través de **disposiciones fiscales**, específicamente impuestos interiores, son reguladas en el capítulo 2.^o del mismo título referente a las reglas comunes, concretamente en los artículos 95 a 99 (37).

7) En los artículos 101 y 102 aparece la noción de «distorsión» de la competencia —tercer capítulo del título dirigido a las reglas comunes; estas reglas van dirigidas, sea a las distorsiones ya existentes, sea a impedir la aparición de distorsiones consideradas como posibles (38).

Vamos a centrarnos en este estudio en el campo de las alteraciones de competencia provocadas **por la propia dinámica de mercado**, que hallan su regulación específica en las «reglas aplicables a las empresas». Sin embargo, debemos proceder a una segunda delimitación «*ratione materiae*» del régimen general de la competencia, referente a la situación especial de tres sectores:

a) El **sector del carbón y del acero**; en virtud del artículo 80 del Tratado constitutivo de la CECA, las «empresas que ejerzan una actividad de **producción** en el sector del carbón y del acero en el interior del Mercado Común, o aquellas de **distribución**, distinta de la venta al consumidor doméstico o artesano», se hallan sujetas al régimen de competencia previsto en los artículos 65 y 66 del Tratado constitutivo de la CECA.

b) El **sector agrícola**; el Reglamento del Consejo número 26, de 4 de abril de 1962 (39), si bien establece el principio general de aplicación de los artículos 85 a 90

(33) Hubo una viva polémica acerca de la colocación, en el orden del Tratado, de la regulación sobre los monopolios de Estado; finalmente, quedó localizada en el artículo 37 del Tratado. Sin embargo, quizá deban ser considerados como uno de los medios más claros y tradicionales de intervención del Estado en el mercado, en modificación de las condiciones normales de competencia.

(34) Aunque formando parte de los «fundamentos» de la Comunidad, se les incluye en este epígrafe porque constituyen el medio directo de falseamiento de condiciones de competencia, siendo parte del panorama de posibilidades de intervención estatal sobre el juego del mercado.

(35) Entran dentro de la categoría de las «**reglas de competencia**», dirigidas específicamente a los Estados.

(36) Quedan asimismo incluidas, junto a las «reglas aplicables a las empresas», y las de «dumping», entre las **reglas de competencia**.

(37) La regulación de las disposiciones fiscales interiores con carácter discriminatorio íntegra, junto a las normas en materia de aproximación de legislaciones, y las reglas generales de competencia, las denominadas «reglas comunes».

(38) Vid. *supra*, nota 32.

(39) Reglamento del Consejo, núm. 26/62, de 4 de abril de 1962; JOCE, núm. 30, del 20 de abril de 1962, modificado por el Reglamento núm. 49 del Consejo, de 29 de junio de 1962; JOCE, núm. 53, de 1 de julio de 1962.

del Tratado a los supuestos de producción o comercio de los productos enumerados en el **Anexo II** del Tratado, establece una **importante excepción**: a) cuando los acuerdos, decisiones o prácticas a que se refiere el artículo 85 forman parte de una **organización nacional de mercado**; o b) cuando tales acuerdos, decisiones o prácticas son **imprescindibles** para los objetivos previstos en el marco de la **política agrícola común**, y de modo particular cierto tipo de ellos. Todos ellos quedan fuera del ámbito de aplicación de las reglas generales de competencia.

c) El **sector de transportes**; 1) Por lo que hace referencia a los transportes **aéreos y marítimos**, es aplicable el Reglamento 141/62, que los excluye del ámbito del primer Reglamento en aplicación de las reglas generales de competencia (Reglamento número 17/62 del Consejo); queda abierta a la polémica la cuestión de la aplicabilidad en este sector de los propios artículos 85 y 86 del Tratado (40). 2) En referencia a los transportes **férreos, por carretera y por vía navegable**, les es aplicable el Reglamento del Consejo número 1.017/68, que los excluye del ámbito de aplicación del artículo 85 y siguientes, y que encierra un régimen específico de interdicción de cáteles en términos similares a los del Tratado (41).

2. La sanción de las prácticas restrictivas de la competencia: regla general del artículo 85.

El Tratado de Roma contiene unos mecanismos de represión de las prácticas del mercado contrarias al sistema de competencia por el cual ha optado, y que se hallan básicamente recogidos, para la generalidad de las hipótesis de prácticas restrictivas, en la regulación del artículo 85. Esta disposición consta de una **prohibición** de tipo general, a la que se añaden esos **mecanismos de excepción** para situaciones específicas; la **sanción**, prevista en el segundo de sus tres párrafos, es la sanción de **nulidad** de pleno derecho de tales prácticas. Atendamos por separado a cada uno de sus tres apartados, cada uno de ellos con una específica función.

1) **Prohibición general**.—Los términos del artículo 85, en su primer párrafo, nos dicen:

«Son incompatibles con el Mercado Común y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que son susceptibles de afectar el comercio entre Estados miembros, y que tienen por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del Mercado Común, y de modo especial los que consisten en: (...).»

Es importante examinar también por separado todas y cada una de las condiciones de aplicación de este primer párrafo; cada una de ellas configura unas nociones jurídicas específicamente comunitarias, de lenta elaboración jurisprudencial y doctrinal, y de gran trascendencia práctica.

(40) Reglamento del Consejo, núm. 141/62, de 26 de noviembre de 1962, JOCE, núm. 124, de 28 de noviembre de 1962, mod. por Reglamentos, núms. 165/65 y 1002/67.

a) Existencia de un acuerdo entre empresas, o decisión de asociación de empresas, o práctica concertada.

Esta primera condición implica la existencia e intervención de **varias empresas** bajo un elemento de concertación. Las tres categorías definidas corresponden a tres distintas formas de concertación de comportamientos en el mercado. Quedan excluidas, pues, las restricciones que **no utilicen** una de estas tres vías previstas. Definámoslas a continuación; sobre la base de la aportación de la jurisprudencia comunitaria:

Llamaremos **«acuerdo»** al clásico mecanismo de concertación de conductas, a través del cual dos o más empresas **en situación de competencia recíproca** regularán en el futuro su comportamiento sobre unas determinadas bases, procediendo a la **sustitución del elemento competitivo** por un **elemento pactado**, al margen del cual **mantendrán su propia independencia** (42). Podemos hacer ciertas precisiones sobre la noción; por ejemplo, caen fuera del ámbito de la presente disposición aquellos acuerdos formales entre sociedad **madre** y sociedad **filial**, en el sentido clásico de los términos, en base a distintos razonamientos; por una parte, se ha argüido que ambas no se hallan **entre sí** en una relación de competencia en el mercado (43), en cuyo caso es del todo imposible una auténtica «restricción» de competencia. Sin embargo, el Tribunal ha ido elaborando su posición sobre la perspectiva de la existencia de **una sola y única «empresa»** en la hipótesis que examinamos: ambas constituyen una misma **unidad económica**, adoptándose así, revolucionariamente, una noción de **empresa en sentido económico**, en aquellos casos en que el comportamiento de la empresa filial pueda perfectamente «ser imputado» a la sociedad madre. Este criterio —cuya trascendencia es digna de reflexión— se justifica de modo especial en la gran mayoría de los casos, en los que la empresa filial no «determina autónomamente» su propio comportamiento en el mercado, sino que **«sigue en lo principal las instrucciones que le imparte la sociedad madre»** (44).

Por otra parte, tanto los **acuerdos verticales** como los **horizontales**, caen dentro del ámbito de aplicación del primer párrafo del artículo 85 (45); sin embargo, los **acuerdos de fusión** entre dos o más empresas caen fuera del mismo al faltar el **elemento de**

(41) Reglamento del Consejo, núm. 1017/68, de 19 de julio de 1968, JOCE, núm. L 175, de 23 de julio de 1968.

(42) Cfr. el artículo de Van OMMESLAGHE, en la *Revue Tr. de Droit Européen*: «L'application des arts. 85 et 86 aux fusions de sociétés...», 1967, págs. 457 y ss.

(43) Sentencia del TJCE en el asunto Béguelin, núm. 22/71, de 25 de noviembre de 1971, Rec. XVII, página 949; la Comisión había observado el problema desde el ángulo del **estado de competencia**, en sus decisiones, Christiani & Nielsen y Kodak, en 1969 y 1970, respectivamente.

(44) Sentencia del TJCE en el asunto Béguelin, núm. 22/71, de 25 de noviembre de 1971; núms. 48, 49, 51, 54, 55, 56, 57/68, denominados de los «colorantes», de 14 de julio de 1972; «Continental Can», núm. 6/72, de 21 de febrero de 1973, y «Zoja», núms. 6 y 7/73, de 6 de marzo de 1974. Por su parte, la Comisión había seguido este criterio de «unidad económica» desde su decisión en el asunto «Continental Can», de 9 de diciembre de 1971, JOCE, núm. L 7, de 8 de enero de 1972. En contra de la adopción por el Tribunal de una auténtica noción de empresa en sentido económico, se pronuncia, entre otros, SAINT-ESTEBEN, R. de, en *Journal de Droit International*, 1974, núm. 2, cuya lectura y argumentación recomendamos vivamente, en las páginas 431 a 433.

(45) Se había sostenido por una pequeña parte de la doctrina su exclusiva aplicabilidad a los acuerdos horizontales. La Comisión jamás acogió esta tesis; cfr. sentencias del TJCE en los asuntos: Bosch, número 13/61, de 6 de abril de 1962; República Italiana, c. Consejo y Comisión, núm. 32/65, de 13 de julio de 1966, y Grundig-Consten, núms. 56 y 58/64, de la misma fecha. Vid. MEGRET, op. cit., págs. 13 y 14, y CEREXHE, E.: «Les règles de concurrence applicables aux entreprises», *Droit des Communautés Européennes*, núm. 2033.

concertación viva, que debe resultar del acuerdo, sustituido aquí por una modificación de tipo estructural interno, sin que subsistan **empresas independientes** ni, por lo tanto, **acuerdo** (46).

La segunda noción a examinar es la de «**decisión de asociación de empresas**»; no es sino la expresión de una voluntad colectiva de varias empresas en el seno de una estructura común, para la imposición de un comportamiento determinado. Esta noción no presenta problemas teóricos importantes: podemos clasificar en esta categoría las decisiones en el seno de una asamblea general, colegio de comisarios u otros órganos similares (47).

La noción de «**práctica concertada**» presenta ya ciertas complicaciones en su configuración estrictamente comunitaria; sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal, podemos afirmar que implica dos elementos: un elemento **consciente y voluntario**, a sumar a un **comportamiento paralelo**. En realidad, aunque de contenido muy amplio y variado, cabe clasificar como «práctica concertada» todo comportamiento concertado que **no toma la forma jurídica de acuerdo**, y en el que toda forma queda reducida a un elemento de **coordinación** entre las partes (48). Podemos hacer aquí también ciertas precisiones: por ejemplo, los comportamientos paralelos característicos de toda estructura oligopolística de mercado, que obligan a algunas empresas a alinearse de acuerdo con los comportamientos de los «price leaders», **no constituyen** en este sentido «prácticas concertadas», al no existir entre ellas una auténtica concertación. Debemos tener presente también que el examen para la represión de tales prácticas podrá únicamente basarse sobre indicios de los que se deduzcan presunciones suficientes de concertación voluntaria y consciente (50).

Una última cuestión surge a la hora de clasificar los denominados «gentlemen's agreements»; en realidad, participan de elementos del acuerdo y de la práctica concertada. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia no dudan en absoluto en que deben ser considerados como incluidos en las categorías del primer párrafo del artículo 85, aunque nunca precisarán su auténtica naturaleza. Concretamente, la Comisión se pronunció ya en el conocido cártel de la «quinina» —asuntos inmediata-

(46) Vid. «Memorandum sur le problème de la concentration...», Comisión de las CC. EE., págs. 24 a 27; Van OMMESLAGHE, P.: «L'application des arts. 85 y 86 du Traité de Rome aux fusions de sociétés et aux entreprises communes», RTDE, 1967, págs. 447 y ss.

(47) Cfr. DERINGER: «The competition law of the EEC», pág. 10; sobre la no exigencia de personalidad jurídica a la «asociación de empresas». MEGRET, *op. cit.*, págs. 7 y 8, propone su sujeción a unas condiciones idénticas que la noción de «acuerdo»; vid. *infra*, nota 2.

(48) El concepto de «práctica concertada» comprende, por sí mismo, la puesta en práctica del acuerdo o decisión a que se refiere el 85.1. Es esta puesta en práctica la que se halla prohibida, permitiendo a las autoridades intervenir en aquellos casos en que es difícil aportar la prueba de la infracción y cuando exista **presunción** suficiente; Vid. MEGRET, págs. 8 y 9; Decisión de la Comisión, Gruding-Consten, JOCE, 20 de octubre de 1964.

(49) Sentencias del TJCE en los asuntos «colorantes», núms. 48 a 56/69, de 14 de julio de 1972, pronunciándose en estos exactos términos; cfr. GOLDMAN, B.: «Droit Commercial Européen», núm. 259.

(50) Estas mismas sentencias de los «colorantes» continúan: «... sin embargo, este simple paralelismo de comportamiento sí puede constituir un serio indicio de la existencia de una concertación voluntaria, ya que se debe fundar sobre presunciones la existencia de tales prácticas». Es entonces necesario examinar los indicios en su conjunto, para verificar si se puede deducir una suficiente presunción de la concertación: cfr. comentario en Van OMMESLAGHE, P.: «Les articles 85 et 86 du Traité de Rome», CDE, 1974, página 399.

mente anteriores a los de materias «colorantes»— por la aplicación del artículo 85 a tales «agreements» en su calidad de acuerdos «o, por lo menos, de prácticas concertadas» (51).

b) El acuerdo, decisión o práctica debe ser susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros.

Tras un importante avance en la línea seguida por la Comisión y por el Tribunal, podemos afirmar —en sus propios términos— de un acuerdo: que es susceptible de «afectar» el comercio intracomunitario cuando es posible observar, «en atención a todo un conjunto de elementos de hecho o de derecho, y con un cierto grado de probabilidad, que puede llegar a ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de cambios entre los Estados miembros», contribuyendo al aislamiento de los mercados y haciendo más difícil la interpenetración económica que el Tratado pretende (52). Efectivamente, con anterioridad a 1966, la Comisión había seguido distintos criterios de los que quedan expresados en esta fórmula; así, en una recomendación a los miembros de la «Convención Faience», de 24 de julio de 1963, se nos hablaba de una cierta «influencia desfavorable» en el comercio entre Estados miembros. Posteriormente, en la Decisión Grundig-Consten, de 23 de septiembre de 1964, se abandonaba el criterio del **perjuicio**, para quedar neutralizado y reducido a la siguiente fórmula: «... es suficiente que el comercio entre Estados miembros se desarrolle bajo **condiciones distintas** de las que lo hubiera hecho sin tal restricción, y que su influencia sobre las condiciones de mercado **revista una cierta importancia**». A partir de 1966, tras las sentencias del TJCE en los asuntos Grundig y LTM Maschinenbau Ulm, así como Gobierno de la República Italiana contra Consejo y Comisión, y en materia de propiedad industrial las sentencias Parke-Davis, de 29 de febrero de 1968, Sirena, de 18 de febrero de 1971 y Deutsche Grammophon, de 8 de junio de 1971, queda acentuada la línea hacia los **objetivos esenciales** del Tratado, en concreto el **evitar el aislamiento de los mercados nacionales**.

c) El acuerdo, decisión o práctica, debe tener por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

La interpretación jurisprudencial de esta tercera condición precisa que, para apreciar la existencia de una **restricción** a la competencia debe examinarse, ante todo, el

(51) Coexisten, en la doctrina, dos nociones, **amplia** y **estricta** de «acuerdo», en el sentido del artículo 85 del Tratado; quizá sea necesario mencionarlas aquí, ya que de la opción por una u otra dependen tanto la noción de «práctica concertada» como la inclusión de los «gentlemen's agreements» en una u otra categoría. Por una noción de acuerdo que implique unas **obligaciones estrictamente jurídicas**, cfr. DERINGER, op. cit., pág. 10; Van GERVEN: «Principes du droit des ententes», núm. 19; CEREXHE, E., op. cit.; en **contra** del exclusivo carácter jurídico de tales obligaciones, cfr. MEGRET, op. cit., págs. 6-7.

(52) Vid. sentencias del TJCE en los asuntos: núms. 56 y 58/65, Grundig-Consten, Recueil XII, pág. 433; número 56/65, LTM Maschinenbau Ulm, Recueil XII, págs. 564 y ss.; núm. 32/65, República Italiana, contra Consejo y Comisión, Recueil XII, págs. 564 y ss.; Brasserie de Haecht-I, de 12 de diciembre de 1967, Recueil XIII, pág. 525; ver, también, Volk-Verwaeye, núm. 5/69, de 9 de julio de 1969; Béguelin, núm. 22/71, de 25 de noviembre de 1971, y Cadillon, núm. 1/71, de 6 de mayo de 1971. Cfr. comentarios en Van OMMESLAGHE, P.: «Les articles...», págs. 443 y 444, y Van DAMME, Jacques, en CDE, 1966, en especial en su referencia a las tres distintas teorías presentes en la aplicación e interpretación de la noción de «afectación» del comercio intracomunitario.

objeto y sólo después **los efectos** del acuerdo (53), y verificar si por su propia naturaleza puede **modificar directa o indirectamente** el acceso a la oferta o a la demanda, en un mercado determinado, de las partes, o de terceros. Esta influencia debe tomar en cuenta tanto la **actual** competencia como la **potencial** (54): es decir, aquella susceptible de aparecer y de desarrollarse en el futuro. Esta influencia debe ser, además, una influencia «sensible» (55).

La primera de estas características de la restricción en el sentido de los términos del Tratado —el examen del **objeto**, y sólo después de los **efectos del acuerdo**— nos lleva a la conclusión de que no existen restricciones condenables «a priori», **per se**: cfr. las sentencias LTM Maschinenbau Ulm, Grundig, República Italiana, al igual de Volk-Verwaecke, Brasserie de Haecht y Béguelin. Los acuerdos deberán, además, ser examinados «en su propio contexto», y, «si de las cláusulas del acuerdo no se revela un grado suficiente de nocividad, deben examinarse sus efectos y verificarlos entonces en el cuadro real en que se produciría el juego de la competencia a defecto del acuerdo», precisa el Tribunal en el asunto Grundig-Consten. Unos criterios complementarios vienen dados en la sentencia LTM: «... hay que tomar en consideración especialmente la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos que son objeto del acuerdo, la posición y la importancia de concedente y del concesionario en el mercado de los productos de referencia, el carácter aislado o no del acuerdo..., el rigor de las cláusulas de protección de la exclusividad o las posibilidades dejadas a otras corrientes comerciales... de reexportaciones o importaciones paralelas».

Por lo que respecta al carácter «sensible» —necesariamente— de la influencia de la restricción sobre el mercado, el Tribunal no acepta, en su sentencia Volk-Verwaecke, como **restricción** auténtica en el sentido de los términos del Tratado un acuerdo que afecta al mercado «de modo insignificante» (56). En este sentido se pronunció la Comisión en su Comunicación de 22 de mayo de 1970 sobre los **acuerdos de importancia menor** (57), excluyéndolos del ámbito de aplicación del artículo 85, en aplicación de una regla semejante a la «rule of reason», criterio que más adelante comentaremos (58).

Podemos citar ciertos tipos o categorías de acuerdo como clásicos ejemplos de restricciones a la competencia:

1) **Condiciones de venta exclusiva.**—Por lo que respecta a las «exclusividades abiertas», si bien la postura de la Comisión con anterioridad a las sentencias del

(53) Sentencias, ya citadas, LTM, Grundig-Consten, Gobierno de la República Italiana, contra Consejo y Comisión, Volk-Verwaecke, Brasserie de Haecht y Béguelin.

(54) Criterio consagrado por la Comisión en sus decisiones Clima-Chapée Buderus, de 22 de julio de 1969, JOCE, núm. L 195, de 7 de agosto de 1969; Jaz-Peter, de la misma fecha, y Safco, de 16 de diciembre de 1971, JOCE, núm. L 13, de 17 de enero de 1972. El Tribunal de Justicia nos habla de la «competencia que pudiera razonablemente aparecer» en su sentencia de 15 de julio de 1970, en el cártel de la «quinina».

(55) Sentencia Volk-Verwaecke, Cadillon y Béguelin; Decisiones de la Comisión en SOCEMAS, de 17 de julio de 1968, JOCE, núm. L 201, de 12 de agosto, y «Chaufourniers», JOCE, núm. L 122, de 22 de mayo de 1969.

(56) Sentencia de 9 de julio de 1969, Volk-Verwaecke, Recueil XV, pág. 299.

(57) Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia, de 22 de mayo de 1970, JOCE, núm. C 64, de 2 de junio de 1970.

(58) Cfr. Van DAMME, J., en su nota a la sentencia Volk, en CDE, 1970, pág. 63 y ss., sobre la noción de «importancia insignificante». Ver asimismo infra, pág. 24, sobre la función y la aplicación efectiva en una «rule of reason».

Tribunal de 1966 consideraba que caían dentro del ámbito de aplicación del artículo 85.1 —con las consecuencias importantes que llevaba consigo esta línea inicial—, el Tribunal niega, ya desde la sentencia LTM, la existencia en derecho comunitario de prohibiciones «per se»; y en concreto las niega dentro del marco del artículo 85, primer párrafo. La posición del Tribunal deja bien claro que tales contratos de exclusividad de carácter abierto, no impidiendo las **corrientes comerciales paralelas**, sólo muy raramente constituirán una auténtica restricción de la competencia (59). Sin embargo, en referencia a las «exclusividades cerradas», el Tribunal no ha hecho sino confirmar la anterior posición de la Comisión, en el sentido de considerarlas una auténtica restricción de la competencia al tener fundamentalmente **por objeto o como efecto necesario** el aislar los distintos mercados nacionales (60).

2) **Redes de distribución.**—Son consideradas restricciones de competencia por diversas razones; en primer lugar, porque **contribuyen a aislar** los mercados parciales, y limitan por países el número de agentes exclusivos, con la exclusión subsiguiente de los demás mayoristas; por otra parte, en cuanto limitan la elección de los detallistas, y en cuanto —normalmente— van acompañadas de la imposición de ciertas condiciones selectivas de venta (61).

3) **Acuerdos de licencia exclusiva.**—Son considerados restricciones en los términos del artículo 85, sin perjuicio de ser susceptibles de una **decisión de exención** por parte de la Comisión, sobre la base del tercer párrafo del artículo 85; los ejemplos clásicos de acuerdos de licencia exclusiva considerados como restricciones por el propio Tribunal son los acuerdos de **utilización de marcas y de fabricación y venta de patentes** (62).

4) **Acuerdos de Investigación conjunta**, que revisten normalmente una de estas dos fórmulas: a) creación de una **filial común**, considerada como restricción de competencia, por el hecho de que se **renuncia** a la investigación privada e independiente —pudiéndose realizar—, para contribuir a una mejora de calidad; restricción aún más patente por la innecesariedad, en la mayoría de las ocasiones, de la conjunción de esfuerzos para la obtención de los objetivos de la propia investigación (63). b) **acuer-**

(59) Ello no quiere decir en absoluto que las exclusividades «abiertas», por el hecho de no tener como objeto necesario el aislamiento de los mercados, gocen de una legalidad «per se». En apoyo de ello, LTM y sus términos ya comentados, que hacen referencia a los **efectos** de los acuerdos y no solamente a las cláusulas. Como hemos dicho, esta jurisprudencia se repite en *Brasserie de Haecht*, *Béguelin* y *Cadillon*.

(60) La sentencia básica en este punto es *Grundig-Consten*; cfr. *SCHRANS*, Guy, en *Revue critique de jurisprudence belge*, 1967, pág. 160. No hay duda del atentado que tales contratos cerrados suponen para el comercio y la competencia exclusivamente intracomunitaria. De todos modos, cfr. *Volk-Verwaecke*, exclusividad **cerrada** de carácter «insignificante», fuera del ámbito de aplicación del artículo 85.1.

(61) Decisión de la Comisión en el asunto *Omega*, ejemplo típico de red selectiva de distribución, de 28 de octubre de 1970, JOCE, núm. L 242, de 5 de noviembre; en ella la Comisión constata que existe indudablemente «restricción», en especial por una serie de criterios impuestos de distribución selectiva a distintos niveles, controlando el número de agentes por país. Si bien el carácter cerrado de esta red fue modificado en vistas a no producir un aislamiento y separación de mercados, según —en términos de la Comisión— existiendo **ciertas cláusulas** que suponían una restricción a la competencia.

(62) Decisiones *Bourroughs-Geha* y *Bourroughs-Delplanque*, de 22 de diciembre de 1971, en negativa; *Raymond-Nagoya*, de 9 de junio de 1972, JOCE, núm. L, de 22 de junio de 1972, negativa a un acuerdo de licencia de fabricación y venta; *Davidson-Rubber*, decisión de la misma fecha.

(63) Decisión *Henkel-Colgate*, de 23 de diciembre de 1971, JOCE, núm. L 17, de 18 de enero de 1972,

dos de especialización; en estos casos se considera ya restricción a la competencia el **no proceder individualmente** a ciertos estudios **sin la participación** del partenaire, así como toda obligación concerniente a la **explotación en común** del resultado de las investigaciones practicadas (64).

2) **Excepciones a la prohibición general.**—El tercer párrafo del artículo 85 ofrece a ciertos acuerdos, prácticas o decisiones de asociaciones de empresas la posibilidad de **quedar excluidos** de la aplicación de la sanción de nulidad prevista en el segundo apartado de la misma disposición. Tales acuerdos, prácticas o decisiones han de quedar incluidos en la prohibición general del primer párrafo, constituyendo **auténticas restricciones** de competencia. Las condiciones impuestas para el funcionamiento de los mecanismos de excepción son las siguientes, necesarias todas ellas:

a) La restricción de competencia debe tener como efecto una **mejora en la producción o distribución** de los productos, o la **promoción del progreso** técnico y económico. En la apreciación de las ventajas que deben surgir de la propia restricción, debemos tener presente que debe tratarse de unas **ventajas objetivas** (65) para los terceros que han de sufrir la restricción, y no simplemente de la lógica ventaja que comporte el acuerdo para las partes que lo pacten.

b) Los usuarios deben verse reservada una parte «adecuada» o «equitativa» del beneficio resultante de la propia restricción. Aparece aquí, como vemos, la regla del «efecto benéfico» del acuerdo, apreciado sobre la amplia base de discrecionalidad de que dispone la Comisión a la hora de interpretar y aplicar conceptos tales como «parte equitativa» o «adecuada» (66).

c) Las restricciones impuestas deberán ser las «**estrictamente indispensables**» para el logro del objetivo del acuerdo (67).

d) Los acuerdos o prácticas no deberán proporcionar a sus participantes la «posi-

creación de una filial común para contribuir a una mejora de calidad en un mercado de productos prácticamente homogéneos, por parte de dos potentes empresas.

(64) Decisión en el asunto Man-Saviem, de 17 de enero de 1972, JOCE, núm. L 31, de 4 de febrero de 1972, pronunciándose en términos similares.

(65) Sentencia del TJCE en el asunto Grundig-Consten, de 13 de julio de 1966, en la que se precisa: «... la mejora debe presentar especialmente unas ventajas objetivas sensibles, tendentes a compensar los inconvenientes que resulten en el plano de la competencia», Recueil TJCE, vol. XII, pág. 502. Por lo que concierne a acuerdos de especialización, ver decisiones de la Comisión en los asuntos Clima-Chapée Buderus, y Jaz-Peter, en cuanto mejoran sensiblemente la producción; la mejora en la distribución puede lograrse a través de acuerdos de distribución exclusiva: DRU-Blondel, de 8 de julio de 1965, JOCE, número L 156; Hummel-Isbecque, de 17 de septiembre de 1965, JOCE, núm. L 156, de 23 de septiembre de 1965; Jallatte-Vandeputte, de 17 de diciembre de 1965, JOCE, núm. L 3, de 6 de enero de 1966. En cuanto a las condiciones del progreso tecnológico, cfr. decisión Acec-Berliet, de 17 de julio de 1968, JOCE, número L 201, de 12 de agosto de 1968.

(66) El concepto de «benéfico» o «provecho» debe ser entendido en un sentido amplio: Vid. MEGRET, op. cit., pág. 52; así lo ha expresado la Comisión en DRU-Blondel y Omega, en cuanto tal beneficio pueda consistir en un mejor y más rápido acceso del producto al consumidor, en la puesta en venta de un producto nuevo de interesantes características para el propio consumidor, como en la Decisión Acec-Berliet, o en cualquier mejora objetiva, cuantitativa o cualitativamente. Por otra parte, ver *infra*, sobre el carácter discrecional de las apreciaciones y calificaciones de la Comisión.

(67) El carácter discrecional de las decisiones de la Comisión en el marco del artículo 85,3, aparece nuevamente en la calificación como de «indispensable» de la restricción: Vid. Jallatte-Vandeputte, citada *supra*; y Henkel-Colgate, también citada, en la que se califica de «indispensables», o se excluye que sean «no indispensables» ciertas restricciones presentes en el caso específico, muy a pesar del razonamiento más arriba expuesto (*supra*, en nota 63).

bilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos de referencia» (68).

Es fácil observar que la totalidad de estas condiciones va referida, de un modo u otro, a la constatación del **efecto benéfico** del acuerdo o práctica; es únicamente la Comisión la que podrá exceptuarlos del mecanismo de nulidad. Lógicamente la amplia repercusión práctica de la exención a cualquier título, exigirá a la Comisión la **exclusión de toda vaguedad** en su apreciación y le exigirá un examen técnico y necesariamente estricto en la demostración del efecto benéfico, sin perder de vista el carácter puramente **excepcional** de tales casos.

En principio, este «efecto benéfico» se admite mejor en el contexto de los **acuerdos de investigación conjunta**, de **especialización** o de **ciertos contratos de exclusividad**, que en el contexto de los clásicos cárteles. Tales fueron las razones que adujo en su día la Comisión al solicitar del Consejo la habilitación para el otorgamiento de ciertas **exenciones por categorías**, cuando hubo considerado que poseía ya la necesaria experiencia —adquirida a través de las decisiones individuales— para aplicar los criterios adecuados a tales exenciones genéricas (69). El resultado de las distintas habilitaciones de que ha sido objeto la Comisión en este terreno puede quedar resumido en: 1) un Reglamento de exención en materia de **acuerdos de exclusividad** —evidentemente bajo ciertas condiciones—, que ha sido prorrogado hasta fecha de 8 de diciembre de 1982 (70); 2) un Reglamento en materia de acuerdos de especialización, de fecha 20 de diciembre de 1972 (71).

Por otra parte, en referencia a las exenciones con carácter individual, la Comisión ha mantenido una postura **abierta** a la aplicación individual del párrafo 3.º del artículo 85, en los siguientes casos: a) contratos de **licencia de fabricación y venta** (72); b) contratos de **investigación conjunta**, a través de la creación de una **filial común**. En términos de la Comisión, son éstos unos acuerdos que, por su propio objeto, tienden a promover el progreso técnico y económico, resultando en última instancia

(68) Existen dos criterios que la Comisión hace valer para apreciar la subsistencia de competencia: por una parte, la existencia, en la Comunidad, de suficiente número de competidores, y por otra, la posibilidad de importaciones paralelas. En general, cfr. dec. Jaz-Peter, ya citada.

(69) Hablamos de «experiencia» de la Comisión, necesaria para cubrir el paso desde las exenciones de carácter individual a las de carácter colectivo, en el sentido del transcurso del tiempo necesario para la modelación de una auténtica **política de exenciones** comunitaria, momento de madurez en el cual se solicita el instrumento imprescindible para llevarla a cabo; este momento llega en 1965, a través del Reglamento del Consejo núm. 19/65, de 2 de marzo de 1965, habilitación a la Comisión para la concesión de exenciones en una materia determinada: la de ciertos acuerdos de exclusividad.

(70) Reglamento de la Comisión número 67/67, de 22 de marzo de 1967, JOCE, núm. L 57, de 25 de marzo de 1967, en virtud de la habilitación del Consejo por Reglamento núm. 19/65, de 2 de marzo de 1965, JOCE, núm. L 36, de 6 de marzo; el Reglamento 67/67, que debía expirar el 31 de diciembre de 1972, fue prorrogado por diez años por Reglamento de 8 de diciembre de 1972, JOCE, núm. L 276, de 9 de diciembre de 1972.

(71) Reglamento de la Comisión núm. 2779/72, de 21 de diciembre de 1972, JOCE, núm. L 292, de 29 de diciembre de 1972, en virtud de la habilitación por Reglamento del Consejo, de 20 de diciembre de 1971, JOCE, núm. L 285, de 29 de diciembre de 1971.

(72) Vid., por ejemplo, *Davidson Rubber*, decisión de la Comisión de 9 de junio de 1972, por su naturaleza a promover el desarrollo tecnológico y económico, en cuanto permite la explotación racional de un procedimiento nuevo, en un juego de ventajas tanto **objetivas** como para licenciante y licenciado. Un dato importante es la supresión de la cláusula de no-contestación de la patente, en adelante considera-

beneficiario de los mismos el propio consumidor (73). Sin embargo, los acuerdos de **imposición de cuotas**, en líneas generales, así como los de **exclusividades y precios uniformes** (74), no suelen conseguir la deseada decisión de exención; parece que la realidad demuestra que es muy difícil en tales hipótesis probar y constar el exigido «efecto benéfico» global del acuerdo por la gran desproporción entre las lógicas ventajas inherentes al acuerdo para sus propios firmantes —racionalización en las condiciones de distribución, de transporte, etc.—, y la ingente cantidad de problemas y obstáculos que suponen para la competencia.

3). **La sanción de nulidad de pleno derecho** (75).—Si bien hemos autolimitado este pequeño estudio a una particular visión del conjunto de las **reglas generales de competencia** que contiene el Tratado de Roma, dejando a un lado, por el momento, la problemática específica y extraordinariamente compleja de su aplicación y ejecución llevada a cabo por la Comisión y por las distintas autoridades nacionales competentes, tocante tan a menudo con el delicado problema de la nulidad de pleno derecho y de sus últimas consecuencias, creemos importante el enumerar sucintamente aquellos puntos críticos en materia de sanción de nulidad.

En efecto, la sanción que el Tratado prevé para aquellos acuerdos o prácticas restrictivas en el sentido del artículo 85,1, y que no han sido objeto de la exención prevista en el tercero de los párrafos de esta disposición, es la «nulidad de pleno derecho» (76). Esta sanción de nulidad comporta lógicamente una muy grave inseguridad jurídica: por una parte, al combinarse la exigencia de la **notificación** de los acuerdos, en la gran mayoría de los casos, así como el juego de **dispensas** a la misma (todo ello previsto en el marco del Reglamento número 17/62 de la Comisión) (77), con la problemática —en cierto modo irresuelta— de las **condiciones de actuación** de las «autoridades de los Estados miembros» (78) en materia de competencia, y con la existencia simultánea de distintos regímenes de acuerdos —«antiguos» acuerdos y «nuevos» acuerdos (79)—, según su anterioridad o posterioridad al citado primer Re-

da como **no indispensable** para la consecución de los objetivos de tal tipo de acuerdos. Cfr. Van OMMESLAGHE: «Les articles...», pág. 561.

(73) Decisión Henkel-Colgate; es extraordinariamente interesante el razonamiento acerca de las ventajas que conllevará esta filial común dedicada a la investigación conjunta, aun tras ser consideradas como **auténticas restricciones** varias de las cláusulas del propio acuerdo y sobre la base de las circunstancias de hecho a que se atiene la Comisión —en concreto, condiciones oligopolísticas de mercado, protagonismo de dos importantes y autosuficientes sociedades, mercado de productos largamente homogéneos...

(74) Decisión Nederlandse Ciment Handelsmaatschappij, de 23 de diciembre de 1971. Se invocaron aquí argumentos de mayor racionalización en los transportes, de reducción de gastos y mejor satisfacción de las necesidades de la clientela, todos ellos sin excesiva consistencia, refutados por la Comisión.

(75) La problemática de la **aplicación** de las reglas generales de competencia constituye un capítulo aparte en la temática general del derecho antitrust europeo, poseyendo una entidad que sobrepasa las características de este estudio, en el que se pretende simplemente «atisbar» ciertos aspectos del planteamiento de la competencia como instrumento comunitario, a través de una visión general de sus reglas principales.

(76) Artículo 85, segundo párrafo del Tratado Institutivo de la CEE.

(77) Reglamento núm. 17/62 de la Comisión, JOCE, núm. 13, de 21 de febrero de 1962.

(78) Vid. artículo 88 del Tratado de 6 de febrero de 1962, institutivo de la CEE, así como Reglamento número 17/62, de 6 de febrero de 1962, artículo 9.3.

(79) Artículos 4, 5 y 7 del Reglamento núm. 17/62, creando regímenes distintos para acuerdos **nuevos** y previamente **existentes**, de modo especial en materia de notificación.

glamento de aplicación de las reglas generales de competencia, surge un gran número de situaciones jurídicas complejas desde una perspectiva eminentemente procesa. Quedan aún abiertas, en muchos de sus puntos, vivas polémicas acerca del alcance jurídico y práctico de ciertas nociones clave, como por ejemplo la noción de la posible «validez provisional» de ciertos acuerdos, bajo determinadas circunstancias (80).

En resumen: la combinación de los tres párrafos del artículo 85, en su regla general y mecanismo de exención, produce una situación de ilegalidad —en términos comunitarios— de aquellas ententes constituidas a través de cualquier forma de concertación o coordinación voluntaria y consciente de comportamientos en un mercado dado, siempre que no posean las condiciones específicas para que la Comisión declare inaplicable la sanción prevista, única posibilidad de exención. La Comisión es, a estos efectos, el único órgano habilitado para proceder al análisis técnico previsto para el otorgamiento de exenciones de este tipo. En síntesis, la economía del artículo 85 —globalmente interpretado— consiste en derribar o impedir todo obstáculo que entorpezca la creación y el funcionamiento de un único mercado integrado a través de cualquier procedimiento de concertación de voluntades.

3. La prohibición del abuso de posición dominante en el mercado: el artículo 86 del Tratado.

El artículo 86 se pronuncia en estos términos:

«Es incompatible con el mercado común y se prohíbe, en la medida en que sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Dichas prácticas abusivas pueden consistir en particular...» (81).

Como bien puede desprenderse del propio texto, la prohibición presupone diversas condiciones:

- a) La intervención de una o varias empresas.
- b) La existencia de una **posición dominante en el mercado**, mercado que deberá ser concisamente delimitado.

(80) Sobre la noción de «validez provisional», es muy interesante un pequeño artículo monográfico de SAINT-ESTEBEN, en la *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, 1974, pág. 224, por demás reciente. La primera vez en que se alude a la «validez provisional» de un acuerdo es en la sentencia del Tribunal en el asunto BOSCH, de 6 de abril de 1962, Recueil VIII, pág. 89. Posteriormente, el Tribunal va desarrollando su interpretación en las sentencias posteriores en los asuntos Portelange, de 9 de julio de 1969, Recueil XV, pág. 309; Bilger-Jehle, de 18 de marzo de 1970, Recueil XVI, pág. 127, y Rochas, de 30 de junio de 1970, Recueil XVI, pág. 515. La sentencia en el asunto Brasserie de Haecht-II, posterior, daría el traste con esta jurisprudencia, proporcionando al problema una perspectiva radicalmente distinta.

(81) Tratado Institutivo de la CEE, artículo 86.

c) Que se dé una actuación **abusiva**, a los ojos del Tratado, que incida de alguna manera en el comercio intracomunitario.

Aunque de menor complejidad técnica que la disposición precedente en el texto, existen no pocas cuestiones de carácter jurídico-económico sin una respuesta clara por el momento. Estas cuestiones coexisten tanto en la propia **razón de ser** del precepto como en **formulación**; podemos concentrarlas alrededor de dos puntos fundamentales: 1) la configuración y naturaleza de los denominados «comportamientos» o «prácticas» abusivas, y 2) la delimitación del **mercado interesado** («relevant market»). Es éste un criterio «importado» de la práctica antitrust norteamericana, que dibuja una noción de «mercado» de delimitación y utilización extraordinariamente difíciles (82).

Sin entrar en la filosofía propia de esta disposición —por razones de extensión y de planteamiento de este comentario de carácter general—, sí podemos señalar aquí ciertos rasgos característicos en esta misma aproximación: por ejemplo, cabe hacer mención, ante todo, de la **sencillez del mecanismo** del artículo 86, con una simple regla general que prohíbe aquellas conductas calificadas como **abusivas**, ya correspondan a las **típicas conductas directas** sobre el mercado (83) o a **transformaciones en las estructuras internas o externas** de las empresas —«modificaciones de carácter estructural»— que provoquen situaciones consideradas como inadmisibles en el espíritu del Tratado, calificadas como «abusivas» (84).

Quizá otra característica de las implicaciones del artículo 86 sea la gran **dificultad** y, a la vez, **falta de homogeneidad** en la aplicación de ciertos subcriterios, y de modo especial aquellos de **apreciación del mercado** a considerar (85), en los que todavía la experiencia continental es demasiado reciente y se percibe la falta de una **práctica jurídica elaborada** ante unos objetivos que deberían, a estas alturas, tenerse ya lo bastante claros. Por otra parte, la presencia combinada de elementos **estructurales** —defensa de una determinada estructura de mercado— y de **comportamiento** —las denominadas usualmente «prácticas de mercado»— que es la esencia del precepto; e incluso la aparición de un tercer criterio de **resultados** o «performances» a añadir a los otros dos en ciertas ocasiones (86) —aunque este criterio tenga un carácter subsidiario—, caracteriza

(82) Tres estudios de gran importancia sobre la problemática del artículo 86, son: JOLIET, René: «Monopolization and abuse of dominant position», Fac. de Droit, Liège, 1970; DUBOIS, Jean-Pierre: «La position dominante et son abus», Paris, Librairies Techniques, 1968, y el de RICHEMONT, Jean: «L'abus de position dominante et la concentration d'entreprises dans le Marché Commun», Paris, LGDJ, 1971.

(83) Sentencia del TJCE en el asunto ICI-Zoja, de 6 de marzo de 1974, asuntos conjuntos núms. 6 y 7/73, Recueil XX, págs. 247 y ss.

(84) La jurisprudencia del TJCE se pronunció sobre este punto, dando un giro de 180 grados, en la sentencia clave para la interpretación del artículo 86, de 21 de febrero de 1976, en el asunto Continental Can Co., núm. 6/72: «... que las medidas estructurales de las empresas, como lo es el fortalecimiento de una posición dominante por vía de concentración, hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculiza sustancialmente la competencia, son susceptibles de constituir abuso...»; Recueil XIX, página 247.

(85) La Comisión ha procedido a la aplicación del criterio del «relevant market», en el amplísimo análisis técnico de los productos de referencia, y de los productos de sustitución, en el asunto Continental Can, decisión de la Comisión publicada en el JOCE, núm. L7/31, de 8 de enero de 1972. Sin embargo, el Tribunal anuló en su día tal decisión sobre la base de una «imperfecta delimitación del mercado a considerar»; el propio Tribunal procede en su sentencia a un exhausto análisis de la sustituibilidad de tales productos para llegar a una exacta configuración del mercado.

a esta disposición. Y quizá debamos aquí mencionar el realce especial que tiene la problemática específica de la **propiedad Industrial** en relación con la **dominación** del mercado, por la posición privilegiada que concede la misma **naturaleza de los derechos** en esta materia (87).

En resumen: podemos concluir —por el sentido amplio, admitido oficialmente, de los términos—, que el artículo 86 del Tratado, al prohibir todo abuso por parte de una o varias empresas de una posición dominante en el mercado común, va dirigido contra toda medida, sea ésta una conducta directa en el mercado o una modificación estructural externa o interna de la empresa o empresas consideradas con total independencia de una acción directa sobre el mercado, **que incida de algún modo** —al igual que en el marco del artículo 85— en el comercio **intracomunitario**, interfiriendo el «juego normal» del propio mercado y, en las ocasiones mencionadas, cambiando su estructura. En el amplio supuesto del artículo 86, la restricción de competencia tiene su origen en **una medida concreta** —de una u otra naturaleza—, que actúa sobre una estructura proporcionada por una posición dominante previa. Se excluye, pues, **todo elemento de concertación** en el sentido que antes observábamos. Y se excluye también todo criterio de violación **exclusivamente** estructural (88), como lo sería el de la simple posición dominante que ya de por sí implica la eliminación de competencia.

4.º El conjunto formado por ambas disposiciones: **panorama general y filosofía específica.**

a) **Criterios elegidos.**—Sabemos que la experiencia antitrust norteamericana ha inspirado en gran medida la reglamentación comunitaria en materia de competencia, en especial a través de su lenta influencia en las distintas reglamentaciones de los países miembros, que no tienen grandes divergencias entre sí. Sin embargo, y siendo cierta la existencia de una tal influencia, quizá haya sido invocada demasiado fácilmente en su calidad de «precedente»; es por ello por lo que creemos necesario —siendo siempre conscientes de las tan distintas premisas entre ambos sistemas y de sus tan ajenos métodos de aplicación— examinar brevemente aquellos criterios allí desarrollados para la configuración de las violaciones en el sistema antitrust americano, y observar rápidamente bajo qué forma han quedado situados los lí-

(86) Vid. *infra*, págs. 26, 27 y 28, sobre el criterio de «performances» en el contexto de los artículos 85 y 86 del Tratado.

(87) La problemática de propiedad Industrial es tratada en el marco del artículo 85, en base a los efectos **anticompetitivos** de las extensas **modalidades contractuales** utilizadas usualmente; y en el marco del 86, sobre la base de la **naturaleza** específica de los derechos y de la **situación de predominio** que conceden. Cfr. sentencias del TJCE en los asuntos Parke-Davis, de 29 de febrero de 1968, asunto 24/67, Recueil XIV, pág. 81; Sirena, de 18 de febrero de 1971, asunto 40/70, y Deutsche Grammophon Gesellschaft, de 8 de junio de 1971, asunto 78/70.

(88) Cfr. sentencias, ya citadas, en los asuntos 6 y 7/73, ICI-Zoja, de 6 de marzo de 1974, y Europemballage-Continental Can Co., de 21 de febrero de 1973, en los que el Tribunal se pronuncia en tales términos. Evidentemente, el ataque a la competencia bajo forma de concertación voluntaria y consciente queda previsto en la regulación del art. 85; por su parte, la combinación de la noción de «abuso» —Implicaciones de la **conducta**, de algún modo, de las empresas— y «posición dominante» —de efectos ya netamente **estructurales**—, proporciona una visión gráfica lo suficientemente elocuente para la comprensión de la disposición que estamos comentando, en toda su polémica y con toda su dificultad.

mites entre legalidad e ilegalidad, ya que ello va a sernos de gran utilidad para comprobar y matizar la posible influencia en los conceptos y técnicas antitrust comunitarias.

Un primer criterio que hallamos en la reglamentación norteamericana es el de las violaciones **per se**: se traduce en la prohibición de ciertas prácticas restrictivas de mercado **como tales**, independientemente del **modo** como han sido llevadas a cabo, o de la incidencia en el mercado; ejemplos los tenemos en la reglamentación de los acuerdos horizontales de **fijación de precios**, o en los acuerdos **de limitación de la producción**, prohibidos automáticamente.

El principio general para la apreciación de aquellas conductas que no queden prohibidas «per se», de naturaleza anticompetitiva, es el de la aplicación de la denominación **rule of reason**, o regla de razón (89); este criterio exige un extremado análisis de las conductas de las empresas en el contexto económico en que se realizan, para poder determinar si provocan un efecto restrictivo **de cierta significación**. Sobre tales bases, tan sólo las restricciones que provocan efectos ciertamente «sensibles» sobre el juego de la competencia, son consideradas como violaciones. En realidad, las constataciones necesitan de la disposición de gran cantidad de datos económicos sobre las actividades de las empresas, y éste es un hecho que dificulta los propios mecanismos de apreciación, al hacerlos extremadamente complejos en los casos límites. Sin embargo, su aspecto positivo fundamental consiste en que permite una cierta flexibilidad que garantizará que sólo las restricciones apreciables, importantes, de la competencia, caerán dentro de la prohibición.

Tras el breve análisis a que hemos sometido las dos reglas principales comunitarias en materia de competencia, podemos observar que no se halla presente un criterio de violación «per se» en ninguna de ellas. En efecto, la combinación a que nos hemos referido, de distintos criterios en el marco del artículo 86, así como la posibilidad de exenciones en el marco del artículo 85, nos demuestran la ausencia de unas violaciones de carácter automático en las reglas comunitarias de competencia. Un ejemplo gráfico lo tenemos en los criterios que ha venido utilizando el Tribunal para la **apreciación de las restricciones**; la necesidad a que ha aludido el propio Tribunal de observarlas en su **propio contexto**; el **carácter sensible** de las mismas, así como las distintas apreciaciones de tono menor que deberán ser efectuadas...

Ahora bien: aquello que es preciso percibir es la existencia, a título de guía, en tales apreciaciones de una **regla**, análoga a la «rule of reason», que decida sobre el carácter «sensible» —exigido por el Tribunal— de la incidencia en el mercado de la propia restricción, y que guíe todo método de apreciación de las restricciones (90). Es en esta línea —y en cierto modo de cara a la institucionalización de esta regla análoga— en la que se pronuncia la Comisión en su comunicación de 22 de mayo de 1970 sobre los «acuerdos de menor importancia», llegando

(89) Cfr. JONES, Robert T.: «Droit antitrust américain et droit européen de la concurrence», *Revue du Marché Commun*, 1975, págs. 20 y ss.: el análisis de las conductas de las empresas en su propio contexto determinará si provocan un efecto anticoncurrencial «significativo y no-justificable». Existe una importante monografía sobre el papel y la aplicabilidad de la regla de razón en derecho de la competencia. Vid. JOLIET, René: «The rule of reason in antitrust laws», Liège, 1967.

(90) Vid. JONES, *art. cit.*, pág. 23.

incluso a establecer de este modo, de hecho, una **legalidad per se** de las restricciones contenidas en estos acuerdos (91).

Con total independencia a la aplicación de esta regla análoga a la regla de razón, y que ciertamente dota a los mecanismos de una relativa flexibilidad, el elemento específico de flexibilidad en el juego del artículo 85 se halla en el **mecanismo de excepciones** del tercer párrafo, mecanismo que en absoluto constituye una consagración de la regla de la razón. En realidad, la «rule of reason» incide en la **propia apreciación de la restricción** de competencia y ahí se detiene, mientras que el mecanismo de excepción del artículo 85 va dirigido únicamente a **auténticas restricciones ya calificadas como tales**, y como tales susceptibles de ser prohibidas; y a las cuales es exclusivamente la Comisión quien posee atribuciones para eximir las, sobre la base de sus efectos «benéficos», y en aplicación de un criterio de resultados o «performances» (92).

b) **Filosofía propia al conjunto de ambas disposiciones.**—Sabemos ya que el régimen de competencia comunitario no es una «carta de libertad económica» en el sentido de la «Sherman Act» americana, sino que sus principios de «libre mercado» quedan circunscritos dentro de la filosofía de la **integración**. Es por ello por lo que hemos venido hasta aquí hablando de una específica «naturaleza instrumental» de tales reglas de competencia. Aquí se trata de la puesta en práctica de la política comunitaria, lo que justifica el recorrido necesariamente distinto del camino trazado por la experiencia americana.

La política comunitaria de competencia comporta la acción a **dos niveles**, en nuestra opinión, **difícilmente compatibles** y en gran medida **contradictorios** entre sí (93): de un lado, la **unificación del mercado** y, de otro, el **propio funcionamiento del mercado**. Hemos visto cómo las autoridades comunitarias, en atención a este espíritu de unificación, intervienen contra toda actividad que tenga como efecto el aislamiento de los distintos mercados nacionales, a través del establecimiento de mecanismos de protección territorial **absoluta**, al igual que toda clase de prácticas tendentes al reparto o fraccionamiento del mercado comunitario; la misma energía la hallamos en su intervención **a nivel de la producción**, oponiéndose a toda tentativa por parte de los productores de reservarse las industrias nacionales.

En esta línea, la opción político-económica por un régimen de libre competencia queda, en el espíritu del Tratado de Roma, configurada y matizada —a un tiempo que inscrita— en los **objetivos** económicos del propio Tratado; es decir, la unificación de los mercados parciales. Y será siempre **dentro de esta perspectiva** que las autoridades velarán por aquello que les fue en principio encomendado: el **correcto funcionamiento del mercado**. Tal protección al funcionamiento del mercado puede realizarse a través de muy diferentes técnicas: sanción de ciertas **estructuras** (monopolio, oli-

(91) Comunicación, ya citada, de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia, de 27 de mayo de 1970, Comisión CEE, JOCE, núm. C 64, de 2 de junio de 1970. Vid. *supra*, pág. 9, al proceder al análisis del **objeto específico** de protección en la reglamentación comunitaria de competencia, y SCHUMACHER, art. cit., pág. 44. Cfr., asimismo, JONES, art. cit., pág. 23.

(92) Vid. JACQUEMIN, Alex, y PHILPPS: «Concentration, size and performance of european firms», Working Paper, n. 7409, Université de Louvain; JACQUEMIN, Alex: «The criterion of economic performance in the antitrust policies of the U.S. and the EEC», Common Market Law Rev., 1970, abril, págs. 205 y ss. Vid. JONES, art. cit., pág. 23.

(93) JONES, art. cit., págs. 25 y 26, especialmente. Asimismo, de JONG: «Concentration in the Common Market», CMLR, septiembre de 1966, págs. 166 y ss., en el mismo sentido, al hacer un comentario al Memorandum de la Comisión de 1966 sobre la concentración en el que asume una postura fuertemente crítica.

gopolio...), en las que la competencia se halla prácticamente eliminada, o en atención a los **comportamientos** de las empresas y prácticas de mercado (discriminación en los precios, acuerdos de limitación de la producción y distribución...). En el primer supuesto se habrá adoptado un criterio estructural —«structuralist»—, y en el segundo un criterio de comportamiento —«behaviorist»— (94).

A la visa de los artículos 85 y 86, parece haberse adoptado fundamentalmente un criterio de comportamiento, en el marco del artículo 85, sancionándose las principales prácticas restrictivas de mercado. Y, ya en referencia al artículo 86, observamos, **por lo general**, un criterio de comportamiento al configurar la noción del **abuso**. Sin embargo, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia, al precisar los elementos del mismo, incluirán en ellos las hipótesis de modificaciones internas de carácter estructural (absorción, fusión, cualquier forma de concentración...) que transformen en abusiva —llegando al monopolio o quasi-monopolio— la previa o simultánea posición dominante de la o las empresas en cuestión, dando un giro trascendental a la **exclusiva naturaleza actual** o de comportamiento en que hasta el momento había sido concebido ese concepto; por otra parte, es fácil darse cuenta del **alcance**, en el terreno de la práctica, de tal giro en la jurisprudencia (95). De todos modos, en líneas generales, y salvada esta innovación hecha en los últimos años en cuanto a la adopción de un criterio estructural en la interpretación del abuso de posición dominante, los análisis —tanto a nivel de una como de otra regla de competencia— han ido mucho más en busca de medidas directas y comportamientos sobre el mercado que en el sentido de una **más estrecha vigilancia** en que se den las **condiciones de una competencia realmente efectiva**, hecho que implicaría un neto y decisivo planteamiento estructural (96).

Finalmente, cabe hablar de un tercer criterio presente: el ya mencionado de los **resultados o «performances»**. Lo hallamos principalmente en toda excepción a la aplicación del primer párrafo del artículo 85, a que la Comisión proceda en virtud del párrafo tercero. Este criterio, como ya se ha visto, **permite** la existencia de ciertas restricciones de competencia en virtud de los efectos «benéficos» sobre la propia competencia. Se halla aquí latente, pues, un conflicto entre **eficacia**, término que podría muy bien sintetizar la suma de las apreciaciones de efectos benéficos, y **libre competencia**. Y será el poder de apreciación de la Comisión el que procederá a la aplicación de tal criterio de **resultados** (97).

(94) Vid., en general, CLARK: «Toward...»; en particular, es sumamente interesante la introducción teórica que JOLIET realiza en su monografía «Monopolization...», en un análisis profundo de los tests de estructura, conducta y «performance»; resultado: Vid. JOLIET, René: «Monopolization...», págs. 23 a 33.

(95) Como mejores comentarios a la sentencia Continental Can, podemos citar los de NERI, en CDE, 1973, pág. 339; JOLIET, *Europarecht*, 1973, pág. 97; FOCSANEANU, RMC, 1973, pág. 145; APPOLINIO, *Rivista di Diritto Europeo*, 1973, pág. 121, y SAINT-ESTEBEN, en *Journal de Droit International*, 1974, págs. 428 y ss.

(96) JONES, *art. cit.*, pág. 26, en este sentido: «... Con la sola excepción del asunto Continental Can, la jurisprudencia comunitaria no ha concentrado su atención sobre el examen de las condiciones específicas que garantizan una competencia efectiva; al contrario, en aquellos asuntos que no pusieron en peligro la unificación del mercado, la Comisión ha examinado especialmente el carácter abusivo o excesivo de ciertas prácticas: el caso ICI-Zoja es un ejemplo.»

(97) No hace falta más que observar cómo la Comisión aplica las condiciones exigidas en el tercer párrafo para las exenciones: nos remitimos a la apreciación de las **ventajas objetivas sensibles**, en lo concerniente a acuerdos de especialización: del acuerdo Clima Chappé Buderus, Jaz-Peter, DRU-Blondel, Hummel-Isbecque y Jallatte-Vandeputte, productoras de mejoras en la distribución a través de acuerdos de dis-

En síntesis: podemos decir que el correcto funcionamiento del mercado queda regulado en ambas disposiciones —que forman un «todo indivisible», y así deben ser interpretadas— a través de un criterio general, inicialmente de comportamiento; a saber: prácticas restrictivas y comportamiento abusivo. Sin embargo están presentes criterios estructurales, más en el marco de la segunda de ambas disposiciones, que se hallan ya en la noción de «posición dominante» (que implica, de por sí, la eliminación de competencia), y que pueden llegar a estarlo en la de «explotación abusiva» o abuso. Esta será de contenido estructural en los casos de **aumento** de la posición decisiva en el mercado, mediante transformaciones externas o internas de las empresas en sus procesos de crecimiento, que evidentemente tengan una **amplia repercusión sobre la estructura del mercado**.

De todos modos, y ello se percibe claramente en la filosofía del artículo 85, el planteamiento querido por el Tratado lleva la prohibición y la sanción al terreno de las conductas, conductas de mercado **no calificadas a priori como violaciones**, y en las que para su determinación como tales se adopta un mecanismo semejante al de la «rule of reason» como tasa mínima, que exige en ellas una incidencia importante o **sensible** sobre la competencia. A un tipo de valoraciones **de resultado**, realizadas exclusivamente por la Comisión, corresponde la calificación de los efectos **benéficos** de carácter eximente de las restricciones a que se refiere el artículo 85.1. Todo ello nos lleva a pensar que, si existieran unos auténticos planteamientos estructurales, tal posibilidad de excepción carecería de sentido; y, de otra parte, las limitaciones al desarrollo y concentración del poder económico, que conllevaría una **prohibición «per se»** de carácter estructural de las **posiciones dominantes**, carecería de la flexibilidad que, parece ser, pretende la regulación comunitaria en este terreno.

Podemos concluir, pues, que la filosofía presente en el conjunto de ambas disposiciones **es doble** e implica la actuación a dos niveles de difícil compaginación: por una parte, el nivel de la **unificación** de los mercados nacionales, y, por otra, el nivel de la garantía y la protección al **funcionamiento del mercado**. Esto provoca una perceptible **ambigüedad** en la actuación de la política de competencia en su conjunto, y —sobre todo— en los **razonamientos** de tal actuación. Evidentemente, para forzar una coherencia entre ambos intereses, las fórmulas escogidas deberán ser lo **suficientemente flexibles** como para irse adaptando a las características y necesidades de la competencia comunitaria en cada momento, y lo **suficientemente eficaces** a un tiempo para garantizar la enérgica actuación del órgano «vigilante»: la Comisión.

A la misma necesidad de coherencia y coordinación obedece la importante **discrecionalidad** de que goza la Comisión en la admisión de los efectos benéficos. Pero la incidencia de un poder discrecional de gran envergadura es, creemos, contraria a los propios principios de la competencia; y ello se acentúa al contemplar que tales poderes implican, para su correcta aplicación, otros amplios poderes de **control de la vida económica de las empresas**, precisamente por la necesidad de acumulación de datos sobre las mismas, por el «marcaje» a que deberían ser sometidas las conductas empresariales y sus transformaciones y movimientos, para según todo ello comprobar la **presencia de las condiciones** exigidas de **exención** y su **permanencia** —dato importante. Al no ser una autoridad

tribución exclusiva. Los efectos benéficos proporcionados por el progreso tecnológico los hallamos en Acec-Berliet: Vid. *supra*, págs. 31 y 32, y nota 65, especialmente.

independiente, de carácter judicial, la que lleva a cabo en la práctica la política de exenciones, sino el propio órgano ejecutivo comunitario dentro de una **línea** programática (98), podemos pensar que tal política posee un carácter planificador de la que el instrumento básico consiste en la **exención por categorías**, y en especial en el fomento de la cooperación cara a la especialización de las actividades de las empresas (99). Las atribuciones programáticas a que aludimos se hallan también localizadas en importantes documentos de la Comisión, como el Memorándum de 1965 sobre la problemática de la concentración de empresas (100), o el Memorándum sobre política industrial de 1970 (101): todos ellos plantean la urgencia de la adaptación a las nuevas estructuras a través de una política de concentración de empresas. La misma naturaleza tiene el Proyecto de reglamento para la constitución de una Sociedad Anónima Europea (102), así como el proyecto de convención en materia de fusión internacional de empresas (103), absolutamente todos ellos en la línea de la incitación a la cooperación y fusión entre empresas.

¿Cuál es el problema? El problema es que tal línea de incitación a la cooperación y fusión se halla, **por lo esencial**, desprendida de una auténtica apreciación del poder económico y de la problemática de sus **excesos** —a que parece ser va dirigida específicamente la sanción a abuso de posición dominante—. Y todo ello prueba en cierto modo la ambigüedad inherente a la filosofía del propio Tratado en su tratamiento concreto de la política general de mercado. Es decir: el Tratado **incita**, por todas las vías y fundamentalmente por la integración en un único mercado de los mercados nacionales, al total cambio de escala de la economía, al tiempo que se propone garantizar un régimen, cara a la mediana empresa, basado en los principios clásicos de la libre competencia, según los que debiere atenderse primordialmente a la problemática particular de las **situaciones nacidas del exceso de poder económico** en cualquiera de sus formas. La ambigüedad, la tensión y la necesidad de coordinación entre estos dos polos —crecimiento de talla y fortalecimiento de la empresa, de una parte, y ley de mercado, por otra— son hechos constantes en la dinámica de la competencia comunitaria.

(98) JACQUEMIN, Alex: «The criterion...», págs. 219, 224 y 225.

(99) Así, la exención de ciertos acuerdos de **exclusividad**, en virtud del Reglamento 67/67, y la de los acuerdos de **especialización**, Reglamento 2779/72. Otro instrumento, aunque de carácter puramente indicativo, es el de la comunicación sobre **acuerdos de cooperación**, JOCE, núm. C 75, de 29 de julio de 1968, pág. 3.

(100) Memorándum de la Comisión sobre el problema de la concentración en el Mercado Común, citado, Estudios Serie «Concurrence», núm. 3.

(101) Memorándum sobre la política industrial de la Comunidad, citado, Bruselas, 1970.

(102) Tras el Proyecto Sanders, presentado en 1966, la Comisión presentó un nuevo Proyecto de estatuto de SAE, en 30 de junio de 1970, bajo forma de proyecto de Reglamento.

(103) Existe un Proyecto de Convención, realizado —tras siete años de trabajo— por un equipo dirigido por el Profesor Goldman; sin embargo, no ha sido adoptada todavía una Convención en esta difícil materia. Por otra parte, la Comisión presentó al Consejo, en fecha 20 de julio de 1973, un Proyecto de **Reglamento sobre control de concentraciones**, todavía sin adoptar en estos momentos.

NOTAS

